

SECTION 5

Décision de l'Autorité de la concurrence

PLAN

Nous envisagerons successivement :

- les conditions de validité de la décision ;
- le contenu de la décision ;
- la publication de la décision.

I. Conditions de validité

PLAN

Pour être valable, la décision de l'Autorité :

- doit être rédigée en termes clairs et précis ;
- ne se prononce que sur les griefs retenus dans la notification ;
- respecter les règles de compétence et de forme ;
- respecter les règles d'imputabilité ;
- être régulièrement publiée et notifiée.

A. Termes clairs et précis

A RETENIR

Toute décision prononçant une sanction par nature contraignante pour celui qui la subit doit être formulée en des termes clairs, précis et exempts d'incertitude quant à son exécution.

La décision de l'Autorité infligeant une sanction pécuniaire doit être motivée. Cette motivation doit être conforme aux prescriptions de la loi 79-587 du 11 juillet 1979, relatives à la motivation des actes administratifs : elle doit être directe, explicite, circonstanciée, spécifique à l'espèce et non générique ; elle doit permettre à la Cour d'appel de Paris d'exercer son contrôle sur l'appréciation des faits, l'application des textes et le caractère proportionnel de la sanction pécuniaire infligée. L'exigence de motivation, qui n'était pas prévue initialement dans l'ordonnance de 1986, a été requise par la jurisprudence, avant d'être consacrée par le législateur par la loi du 31 décembre 1992, imposant la motivation de la sanction.

B. Griefs retenus dans la notification

A RETENIR

L'Autorité ne peut se prononcer que dans la limite des griefs retenus dans la notification et soumis aux observations des parties.

Ainsi, lorsque la notification vise uniquement le non-respect des dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce, l'Autorité dépasse le cadre de sa saisine en estimant

que les pratiques anticoncurrentielles reprochées aux parties enfreignent également les dispositions de l'article 101 TFUE. En revanche, la réduction du champ d'un grief notifié, qui tient compte des objections et explications apportées par les entreprises au cours de la procédure administrative, ne porte pas atteinte aux droits de la défense de ces dernières.

C. Compétence et forme

A RETENIR

La décision définitive est adoptée à la majorité absolue des voix, le président de l'Autorité ayant voix prépondérante en cas de partage.

Chaque décision fait l'objet d'une minute établie en un seul exemplaire et conservée avec le procès-verbal de la séance sous la responsabilité du chef du bureau de la procédure. Elle est pourvue d'un numéro de code chronologique correspondant à la nature de l'affaire. Les ampliements des décisions sont certifiées conformes par le rapporteur général. L'Autorité de la concurrence peut apporter une rectification à sa décision sans convoquer les parties à une nouvelle séance.

D. Imputabilité de l'infraction

L'infraction commise par la filiale d'un groupe de sociétés peut-elle être imputée à la société mère ? Quelle incidence une restructuration de l'entreprise, intervenue entre le moment où les faits reprochés se sont produits et celui auquel les autorités de concurrence statuent, peut-elle avoir sur sa responsabilité ?

PLAN

Nous distinguerons les deux hypothèses :

- l'imputabilité de l'infraction au sein d'un groupe de sociétés ;
- l'imputabilité de l'infraction en cas de restructuration.

1. Groupe de sociétés

A RETENIR

Dans le cas d'un groupe de sociétés, l'entente peut n'être imputée qu'à la société mère lorsque la filiale est dépourvue d'autonomie dans la détermination de sa politique commerciale et est dans l'impossibilité de remplir ses engagements contractuels. S'alignant sur le droit de l'Union, l'Autorité de la concurrence a importé en droit interne la présomption d'imputabilité à la société mère du comportement infractionnel d'une filiale qui découle de la détention de 100 % du capital de cette dernière.

La présomption s'applique même lorsque l'Autorité n'applique que le droit français ou ne sanctionne qu'une infraction procédurale. L'Autorité de la concurrence n'est pas tenue d'étayer la présomption de responsabilité qui s'attache à la détention de 100 % du capital de la filiale par d'autres éléments ni de démontrer la participation directe de la mère à l'infraction. La présomption est réfragable et ne porte pas atteinte à la présomption

d'innocence.

EXEMPLES

La présomption d'imputabilité à la société mère du comportement infractionnel de la filiale s'applique :

- même en cas d'absence d'implication de la société mère, simple holding financière, dans les décisions de sa filiale à 100 % car elle n'est pas fondée sur des relations d'instigation, mais sur l'existence d'une entreprise unique ;
- même si la société mère rassemble plus de 150 filiales directes et que, dans ces conditions, la taille du groupe ne lui permette pas, matériellement, d'exercer sur chacune d'elles une influence déterminante, dès lors que dans un groupe de sociétés, la division des tâches constitue un phénomène normal ;
- même si la société mère ne détient que 55 % du capital de sa filiale dès lors que les deux entités ont des dirigeants communs, que la société mère est majoritaire au sein du conseil d'administration de la filiale et qu'elle a la maîtrise des développements techniques affectant stratégiquement l'activité de la filiale au travers d'une autre société détenue à 100 % ;
- même si la filiale a la possibilité de définir une stratégie commerciale en tenant compte des spécificités du marché local, dès lors que la marge de manœuvre dont elle dispose ne dépasse pas ce qu'induit l'éloignement géographique entre elle et sa mère ;
- même en l'absence d'adoption de décisions formelles par des organes statutaires pour constater l'existence d'une unité économique entre l'auteur de l'infraction et son entité faîtière, dès lors que celle-ci peut naître de liens personnels existant entre ces entités juridiques, comme le fait que la filiale ne dispose pas de service juridique en propre mais compte sur celui de la holding ;
- même en cas de mise en place d'un dispositif contractuel et statutaire propre à prévenir toute prépondérance d'une société mère par rapport à l'autre dans la gestion d'une filiale commune ;
- même en présence de dispositions législatives qui instaurent une séparation organique entre les activités d'intérêt général de la société mère et celles, concurrentielles, de ses filiales, qui n'établissent pas une impossibilité pour la première d'exercer une influence déterminante sur les secondes ;
- même en cas de choix procéduraux différents, tels que la non-contestation des griefs pour l'une seulement des entreprises en cause.

En revanche :

- la mère renverse la présomption lorsqu'elle établit qu'elle n'a acquis la filiale que pour ses activités dans des secteurs non concernés par l'infraction et entendait, dès l'origine, céder rapidement les autres activités ;
- la présomption ne peut être opposée à une société mère à qui les griefs n'ont pas été notifiés.

2. Restructuration

A RETENIR

La notion d'entreprise étant purement économique, c'est, en principe, l'entité qui assure la continuité économique et fonctionnelle de l'auteur du comportement anticoncurrentiel qui doit répondre de celui-ci.

Il existe toutefois deux limites juridiques à ce principe : il n'y a pas transfert de responsabilité lorsque l'auteur du comportement anticoncurrentiel conserve sa personnalité juridique ; il n'y a pas lieu au prononcé de sanctions lorsque la restructuration s'effectue par application de la loi, comme dans le cas d'un plan de cession. Cette solution s'inspire de la jurisprudence européenne. En cas de restructuration affectant l'auteur des pratiques, celle-ci impose au juge de retrouver l'entreprise à laquelle ont été transférés les moyens matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction, mais écarte la responsabilité du cessionnaire, s'il est établi qu'à la date de la décision, l'auteur de l'infraction continue d'exister juridiquement.

a. Fusion ou fusion-absorption

La fusion-absorption opère selon l'article L. 236-1 du Code de commerce transmission universelle du patrimoine : l'ensemble des moyens humains et matériels ayant concouru à la commission de l'infraction étant transférés à la société absorbante, l'infraction est uniquement imputable à cette dernière. L'entreprise absorbante endosse la responsabilité des actes commis avant l'opération par l'entreprise absorbée, même si, à cette date, celle-ci avait cédé une partie de ses actifs à des tiers, la cession n'ayant pas mis en cause sa continuité économique et fonctionnelle. En cas de fusion par création d'une entité nouvelle, la responsabilité des pratiques anticoncurrentielles incombe à l'entreprise ou à l'organisation professionnelle issue de l'opération.

b. Cession, location-gérance ou apport de fonds de commerce

L'entreprise qui succède, à la suite d'une cession ou de l'achat du fonds de commerce, à celle qui a commis l'infraction aux règles de concurrence en est responsable dès lors qu'il existe une continuité économique et fonctionnelle entre elles. Le cessionnaire d'un fonds de commerce doit ainsi répondre des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par le cédant. Il en est de même en cas d'apport du fonds de commerce. La solution est différente lorsqu'à la date où l'Autorité de la concurrence statue, la personne morale support de l'entreprise existe toujours ou encore lorsque l'entreprise cédée est exploitée en nom personnel par une personne physique. Le cédant de l'entreprise auteur des pratiques doit donc continuer d'assumer la responsabilité de celles-ci lorsqu'il survit en tant que personne morale, même après l'extinction de la garantie de passif consentie au cessionnaire.

Quant à la location-gérance, contrat par lequel le propriétaire d'un fonds de commerce en concède la location à un gérant qui l'exploite «à ses risques et périls» (art. L. 144-1 C. com.), elle n'a d'autre effet que de substituer un tiers à l'exploitant du fonds, sans faire disparaître l'entreprise. La continuité économique et fonctionnelle n'étant pas altérée, le locataire-gérant assume la responsabilité des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par l'entreprise prise en gérance. Néanmoins, le bailleur peut également demeurer

entièrement responsable de l'infraction lorsqu'il est établi qu'il détient 100% du capital du locataire-gérant.

c. Plan de cession

Dans un arrêt du 27 février 1991, la Cour d'appel de Paris, constatant que l'entreprise originaire était, par l'effet de la cession, devenue complètement étrangère à l'entreprise nouvelle et qu'il n'est pas établi que cette dernière ait poursuivi l'activité anticoncurrentielle, avait mis hors de cause l'entreprise nouvelle. Depuis, **l'Autorité de la concurrence** a adopté une solution qui conduit au même résultat à partir de prémisses différentes. Elle **considère que, dans la mesure où le cessionnaire assure la continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise originaire, sa responsabilité doit être mise en cause** en dépit du fait qu'il n'ait pris aucune part aux pratiques anticoncurrentielles et ne les ait pas poursuivies postérieurement à la cession. Il peut dès lors être destinataire de la notification des griefs et être obligé de se conformer à une injonction de ne pas faire. Toutefois, **l'Autorité refuse d'infliger une sanction pécuniaire** au motif qu'un cessionnaire ne peut être tenu, en vertu de l'article L. 626-10 du Code de commerce, de charges non prévues dans le plan de cession.

d. Transfert du contrôle ou transformation

La modification dans la composition du capital d'une entreprise ayant participé à une entente n'a pas d'incidence sur l'imputabilité de la pratique. En effet, les sujets du droit de la concurrence sont les entreprises, non les hommes qui les dirigent. Néanmoins, se fondant sur l'existence d'une entité unique, la Cour de cassation a pu retenir qu'une entreprise qui avait pris le contrôle d'un participant à l'entente après la cessation de l'infraction pouvait se voir imputer celle-ci et imposer un calcul de l'amende sur le fondement de son chiffre d'affaires mondial consolidé hors taxes.

De même la transformation d'une société en holding ou d'une association en syndicat n'affecte pas sa continuité économique et fonctionnelle. En revanche, l'association constituée par d'anciens membres d'une autre association ne peut se voir imputer les pratiques reprochées à celle-ci dans la mesure où l'auteur de l'infraction continue d'exister.

e. Liquidation judiciaire

Une fois sortie du marché, une entreprise n'est plus sujet du droit de la concurrence. Toutefois, si elle continue d'exister juridiquement, même pour les besoins de sa liquidation, elle doit répondre des pratiques anticoncurrentielles qu'elle a mises en œuvre. En revanche, elle n'encourt pas de sanction pécuniaire en cas de liquidation judiciaire. Les articles L. 622-21 et L. 622-23 du Code de commerce interdisent le prononcé d'une amende à l'encontre de l'entreprise en raison de l'arrêt des poursuites individuelles.

f. Dissolution

En cas de dissolution de la personne morale, une sanction ne peut être prononcée que tant que la personnalité morale de l'entreprise ayant commis l'infraction subsiste. Une fois les opérations de liquidation clôturées, l'entreprise ne peut plus faire l'objet d'une amende.

En revanche, à défaut de clôture de ces opérations, l'Autorité peut valablement infliger

une sanction pécuniaire à la société dissoute, celle-ci n'étant pas transmissible à l'entreprise qui en a éventuellement pris le contrôle.

La dissolution peut également être accompagnée du transfert de l'activité de l'entreprise dissoute à une autre. Dans ce cas, le principe de la continuité économique et fonctionnelle permet d'infliger la sanction à l'entreprise repreneuse. Il faut et il suffit que l'ensemble des biens, droits et obligations, créances et dettes de l'auteur de la pratique ait été repris par celle-ci.

E. Publicité et notification

A RETENIR

Les décisions de l'Autorité de la concurrence sont publiées sur son site internet (art. D. 464-8-1 C. com.). Cette publication peut être limitée pour tenir compte de l'intérêt légitime des parties à ce que leurs secrets d'affaires soient préservés.

L'Autorité de la concurrence doit veiller à l'exécution de ses décisions. Elles doivent être notifiées aux parties en cause et au ministre de l'Économie (art. L. 464-8 et R. 464-8). La notification est adressée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Cette lettre doit, à peine de nullité, indiquer le délai de recours ainsi que les modalités selon lesquelles il peut être exercé. Elle comporte en annexe les nom, qualité et adresses des parties auxquelles la décision de l'Autorité a été notifiée. Cette notification constitue le point de départ du délai d'un mois pour former un recours en annulation ou en réformation devant la Cour d'appel de Paris.

II. Contenu de la décision

L'Autorité de la concurrence est dotée de prérogatives de puissance publique lui permettant de rétablir le libre jeu de la concurrence. Ainsi, lorsqu'elle constate l'existence de pratiques ou comportements contraires aux articles L. 420-1, L. 420-2, L. 420-2-1, L. 420-2-2 ou L. 420-5 du Code de commerce ou aux articles 101 ou 102 TFUE, l'Autorité peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer des conditions particulières. Elle peut infliger une sanction pécuniaire applicable immédiatement ou en cas d'inexécution des injonctions (art. L. 464-2). En revanche, elle ne peut statuer sur les dépens, ordonner le remboursement des frais irrépétibles ou allouer des dommages-intérêts à la victime de la pratique anticoncurrentielle. L'ordonnance du 13 novembre 2008 a étendu le pouvoir de sanction de l'Autorité. Les entreprises peuvent désormais être sanctionnées en raison de leur défaut de collaboration au cours de l'instruction. Une injonction assortie d'une astreinte peut être prononcée, à la demande du rapporteur général, à l'encontre des entreprises qui ne défèrent pas à une convocation ou ne répondent pas dans les délais à une demande de renseignements (art. L. 464-2, V, al. 1). Par ailleurs, les entreprises qui font obstruction à l'instruction ou aux investigations, en fournissant des renseignements incomplets ou inexacts ou en communiquant des pièces incomplètes ou dénaturées s'exposent à une sanction pécuniaire qui ne peut excéder 1 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxe le plus élevé (art. L. 464-2, V, al. 1).